El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente proceso. El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la respectiva Secretaría.

Asunto : Sentencia de tutela – Segundo grado

Accionante (s) : María I. Quiroga M.

Accionado (s) : Nueva EPS SA

Despacho de origen : Juzgado Civil del Circuito de Santa Rosa de Cabal

Radicación : 66682-31-03-001-**2022-00623-01**

Magistrado Ponente : DUBERNEY GRISALES HERRERA

Acta número : 541 de 28-10-2022

**TEMAS: DERECHO DE SALUD / CARÁCTER FUNDAMENTAL / EL PBS CUBRE TODAS LAS PRESTACIONES, SALVO LAS EXPRESAMENTE EXCLUIDAS / MEDICAMENTOS / ENTREGA DE LOS EXPRESAMENTE EXCLUIDOS / REQUISITOS.**

Al tenor del artículo 49 de la CP, el Estado tiene la obligación de garantizar a todas las personas “(…) el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud (...)”. La CC en su jurisprudencia reconoció su carácter fundamental y señaló que a toda persona se le debe garantizar el acceso efectivo a todos los servicios indispensables para conservar su salud…

Así también lo entendió el legislador, al expedir la Ley 1751 que reguló este derecho fundamental, instituyó su carácter autónomo e irrenunciable y fijó los principios de universalidad, equidad y eficiencia…

Sin duda, el plan de beneficios cubre todas las prestaciones en salud con cargo al UPC, salvo las expresamente excluidas…; no obstante, todas las que faltare relacionar en cualquiera de sus regulaciones… también deberán garantizarse por las EPS, en razón a que están cubiertas por la ADRES…

Empero, en caso de que se trate de servicios, tecnologías, fármacos e insumos expresamente excluidos del PBS…, la EPS también estará obligada a prestarlos, siempre y cuando el juez de tutela advierta…:

… “a) Que la ausencia del servicio o tecnología en salud excluido lleve a la amenaza o vulneración de los derechos a la vida o la integridad física del paciente…

b) Que no exista dentro del plan de beneficios otro servicio o tecnología en salud que supla al excluido con el mismo nivel de efectividad…

El fármaco “LIRAGLUTIDA 6MG/1ML/OTRAS SOLUCIONES” no está incluido en el PBS (Resolución 2292 /2021), pero como tampoco está expresamente excluido (Resolución 2273/2021), es innecesario verificar los presupuestos sobre suministro mediante tutela…



REPUBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL**

SALA UNITARIA CIVIL– FAMILIA – DISTRITO DE PEREIRA

D E P A R T A M E N T O D E L R I S A R A L D A

**ST2-0390-2022**

*Veintiocho (28) de octubre de dos mil veintidós (2022).*

1. **El asunto a decidir**

La impugnación en el trámite reseñado, luego de finiquitada la primera instancia.

1. **La síntesis fáctica**

Informó la actora que padece prediabetes, hipotiroidismo no específicas y obesidad mórbida y el endocrinólogo recetó el fármaco *“(…)* ***LIRAGLUTIDA 6 MG/1ML/OTRAS SOLUCIONES*** *(Solución Inyectable Pluma Prellenada 3 mg) (…)”*, pero la EPS no lo autorizó porque supuestamente carecía de registro INVIMA, pese a que en tutela anterior, se verificó lo contrario y se ordenó su suministro (Cuaderno No.1, pdf.03).

1. **Los derechos invocados y su protección**

La salud y la vida. Solicitó ordenar a la accionada entregar el medicamento y brindar el tratamiento integral (Cuaderno No.1, pdf.03).

1. **La sinopsis de la crónica procesal**

Se admitió la acción con auto del 06-09-2022 (Cuaderno No.1, pdf.04); el 16-09-2022 se sentenció (Ibidem, pdf.07); y, el 26-09-2022 se concedió impugnación (Ibidem, pdf.14). En esta sede con auto del 27-10-2022 se decretaron pruebas de oficio (Cuaderno No.2, pdf.5).

El fallo amparó y ordenó a la EPS entregar los medicamentos y tratamiento integral. Explicó que la accionada está en la obligación de suministrar el fármaco, aun cuando esté excluido del PBS, pese a que la actora carece de recursos para costearlo y falta concepto técnico indicativo de que pueda suplirse; y, el servicio debe ser integral porque la accionante ha tenido que presentar varias tutelas para garantizar su derecho a la salud (Cuaderno No.1, pdf.07).

Impugnó la EPS y pidió **(i)** Negar el tratamiento integral debido a que no fue negligente en el servicio de salud, a más de que tampoco fue concebido para garantizar atención médica futura e incierta, sin prescripción médica; o, en su defecto, **(ii)** Disponer el reembolso de todos los gastos en que incurra por acatar la orden tutelar (Ibidem, pdf.09).

1. **La fundamentación jurídica para resolver**
	1. La competencia funcional. La tiene esta Sala, por ser la superiora jerárquica del despacho cognoscente (Art. 32, D.2591/1991).
	2. El problema jurídico a resolver. ¿Se debe confirmar, modificar o revocar la sentencia proferida por el Juzgado Civil del Circuito de Santa Rosa de Cabal, según la impugnación?
	3. Los presupuestos generales de procedencia
		1. La legitimación en la causa.Por activa, la actora por estar afiliada a la EPS accionada; y, en el extremo pasivo, la Nueva EPS SAS por ser la afiliadora debe brindar el servicio de salud (Ley 1751).
		2. La inmediatez*.* El artículo 86, CP, regula la acción de tutela como mecanismo protector e inmediato de los derechos fundamentales de toda persona, siempre que sean vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o un particular.

Este requisito: *“(…) impone la carga al demandante de presentar la acción de tutela en un término prudente y razonable (…)”*, por lo tanto, *“(…) el juez de tutela no podrá conocer de un asunto, y menos aún conceder la protección (…), cuando la solicitud se haga de manera tardía (…)”* (2020)[[1]](#footnote-1). Aquello porque: *“(…) el transcurso de un lapso importante entre la presunta violación de derechos fundamentales y la presentación de la acción de tutela «es indicativo de la menor gravedad de la vulneración alegada o de la poca importancia que tendría el perjuicio que ella causa (…)”* (2021)[[2]](#footnote-2). Criterio reiterado por la Alta Magistratura (2022)[[3]](#footnote-3).

Se satisface, pues la acción se formuló (05-09-2022) (Ib., pdf.02) dieciséis (16) días después de expedida la orden médica (19-08-2022) (Ib., pdf.03, folio 6), es decir, dentro del plazo general de los seis (6) meses, fijado por la doctrina constitucional[[4]](#footnote-4), como razonable.

* + 1. La subsidiariedad. Procede la acción siempre que el afectado carezca de otro instrumento defensivo judicial (2022)[[5]](#footnote-5). Empero, hay dos (2) excepciones que guardan en común la existencia del medio ordinario: **(i)** La tutela transitoria para evitar un perjuicio irremediable; y **(ii)** La ineficacia de la herramienta regular para salvaguardar los derechos.

En el sub *examine*, la accionante carece de mecanismo diferente a esta acción para procurar la defensa de sus derechos. Por consiguiente, como este asunto supera el test de procedencia, puede examinarse de fondo.

* 1. El derecho a la salud y el suministro de medicamentos.Al tenor del artículo 49 de la CP, el Estado tiene la obligación de garantizar a todas las personas *“(…) el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud (...)”.* La CC en su jurisprudencia reconoció su carácter fundamental y señaló que a toda persona se le debe garantizar el acceso efectivo a todos los servicios indispensables para conservar su salud, cuando se encuentre comprometida gravemente su vida, su integridad personal o su dignidad[[6]](#footnote-6).

Así también lo entendió el legislador, al expedir la Ley 1751 que reguló este derecho fundamental, instituyó su carácter autónomo e irrenunciable y fijó los principios de universalidad, equidad y eficiencia. Por ende, la acción de tutela continúa siendo un medio judicial idóneo para defenderlo.

Debe entenderse que a la luz de la precitada ley, se garantiza a través de: *“(…) la prestación de servicios y tecnologías, estructurados sobre una concepción integral de la salud, que incluya su promoción, la prevención, la paliación, la atención de la enfermedad y rehabilitación de sus secuelas (…)”*; solo excluye los servicios mencionados en su artículo 15, entre ellos los: *“(…)* *Que tengan como finalidad principal un propósito cosmético o suntuario no relacionado con la recuperación o mantenimiento de la capacidad funcional o vital de las personas (…)”* (Línea de la Sala); y, aplica: *“(…)* *a todos los agentes, usuarios y demás que intervengan de manera directa o indirecta, en la garantía del derecho fundamental a la salud (…)*”.

Sin duda, el plan de beneficios cubre todas las prestaciones en salud con cargo al UPC, salvo las **expresamente** **excluidas** (2022)[[7]](#footnote-7); no obstante, todas las que faltare relacionar en cualquiera de sus regulaciones (Resoluciones 5267/2017, 244/2019, 2481/2020 y 2292 /2021), también deberán garantizarse por las EPS, en razón a que están cubiertas por la ADRES (Resolución 1885/2018 reglamentaria del cobro de servicios y tecnologías no financiados con la UPC). Al respecto, la jurisprudencia constitucional reseña (2022)[[8]](#footnote-8): *“(…) todo servicio o tecnología en salud que no se encuentre excluido taxativamente del PBS está incluida (…)”* y, por ende[[9]](#footnote-9): *“(…)* *deben ser pagados por la EPS y después recobrados a la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (ADRES) (…)”*.

Empero, en caso de que se trate de servicios, tecnologías, fármacos e insumos **expresamente** **excluidos** del PBS(Resolución 2273/2021), la EPS también estará obligada a prestarlos, siempre y cuando el juez de tutela advierta (2022)[[10]](#footnote-10):

*… “a) Que la ausencia del servicio o tecnología en salud excluido lleve a la amenaza o vulneración de los derechos a la vida o la integridad física del paciente, bien sea porque se pone en riesgo su existencia o se ocasione un deterioro del estado de salud vigente, claro y grave que impida que ésta se desarrolle en condiciones dignas.*

*b) Que no exista dentro del plan de beneficios otro servicio o tecnología en salud que supla al excluido con el mismo nivel de efectividad para garantizar el mínimo vital del afiliado o beneficiario.*

*c) Que el paciente carezca de los recursos económicos suficientes para sufragar el costo del servicio o tecnología en salud y carezca de posibilidad alguna de lograr su suministro a través de planes complementarios de salud, medicina prepagada o programas de atención suministrados por algunos empleadores.*

*d) Que el servicio o tecnología en salud excluido del plan de beneficios haya sido ordenado por el médico tratante del afiliado o beneficiario, profesional que debe estar adscrito a la entidad prestadora de salud a la que se solicita el suministro. (i) se evidencie una amenaza o vulneración de los derechos a la vida o la integridad física del paciente; (ii) no se pueda suplir el medicamento; (iii) exista una incapacidad económica del paciente; y (iv) en los casos en los que exista orden del médico tratante” …* (Cursiva original)*.*

1. **El caso concreto analizado**

Se confirmará parcialmente la sentencia opugnada porque es evidente que la EPS violó el derecho a la salud, dado que con reiteración rehúsa entregar el medicamento; se modificará para supeditar el tratamiento integral al suministro; y, se adicionará para negar el recobro por incompetencia del juez constitucional.

El fármaco “*LIRAGLUTIDA 6MG/1ML/OTRAS SOLUCIONES”* noestá incluido en el PBS (Resolución 2292 /2021), pero como tampoco está expresamente excluido (Resolución 2273/2021), es innecesario verificar los presupuestos sobre suministro mediante tutela (Capacidad económica, orden de médico adscrito, inexistencia de sustituto y grave amenaza de la integridad personal o vida)[[11]](#footnote-11), porque están cubiertos por la ADRES, según la CC (2022)[[12]](#footnote-12): *“(…) las EPS deben adelantar el procedimiento de recobro ante la ADRES, de conformidad con lo establecido en la Resolución 1885 de 2018, a través de la herramienta MIPRES (…)”.*

Descarta la Corporación estudiar los lineamientos sobre medicamentos sin registro INVIMA (2022)[[13]](#footnote-13), no obstante que en la demanda se informe que fue la razón por la que supuestamente se rehusó la provisión (Cuaderno No.1, pdf.03), por la potísima razón de que la accionada no reparó al respecto, se limitó a informar que el área de salud está verificando la cobertura y cuestionar el tratamiento integral (Ibidem, pdf.06 y 11).

Entonces, como omitió acreditar que autorizó y entregó el medicamento, sin duda vulnera los derechos *iusfundamentales* invocados, ya que por el hecho de la afiliación y hacer parte del sistema que debe garantía del derecho a la salud (Ley 1751), es la encargada de que los servicios se presten con eficiencia, continuidad y calidad. La gestión administrativa fue precaria y obstruyó la continuidad del tratamiento.

Respecto al tratamiento integral[[14]](#footnote-14), encuentra esta Sala que fue atinada la decisión, en consideración a que: (i) La EPS fue negligente e impuso trabas administrativas; (ii) Están diagnosticadas las patologías Hipotiroidismo, no especificado y obesidad, no especificada (Cuaderno No., pdf.03, folio 8); y, (iii) Hay orden expresa del médico(Ib., pdf.03, folio 6).

Aun cuando la accionante no sea una persona de especial protección y carezca de prescripciones médicas adicionales, para la Magistratura deviene indispensable disponer esa prestación, en razón al notorio desinterés de la EPS en el cumplimiento de sus obligaciones constitucionales. Nótese que en fallo de tutela anterior se ordenó proporcionar el mismo medicamento prescrito el 13-12-2021 (Cuaderno No.2, pdf.10, enlace expediente digitalizado, pdf.03) mas como no reconoció el tratamiento integral (Ibidem, pdf.10, enlace expediente digitalizado, pdf.09), negó el recetado el 19-08-2022 (Cuaderno No.1, pdf No.03, folio 6).

Así las cosas, es claro que negará el suministro cada vez que se expida nueva orden médica, por manera que, conforme el criterio reiterado de la CC (2022)[[15]](#footnote-15), en el sentido de que: *(…) se concede el tratamiento integral* ***a efectos de evitar la interposición de una acción constitucional por cada servicio o medicamento que se ordene en adelante*** *(…)*(Negrilla a propósito), se preservará la orden tutelar de primera instancia; empero, se modificará para limitarla a la entrega de la *“LIRAGLUTIDA”* en los precisos términos médicos y siempre que el especialista considere continuar tratando las enfermedades con este fármaco.

Finalmente, se adicionará la decisión confutada para desestimar el recobro solicitado por la EPS. El juez de tutela no debe definir controversias ajenas a las relacionadas directamente con derechos fundamentales, a más de que la orden tutelar tampoco impide agotar el trámite administrativo respectivo (Resolución No.1885 de 2018); superfluo que la judicatura lo autorice. En el mismo sentido la CC[[16]](#footnote-16) y CSJ[[17]](#footnote-17) en sede de tutela. Tesis consistente y reiterada por las Salas Civil-Familia[[18]](#footnote-18) y Penal para Adolescentes[[19]](#footnote-19)-[[20]](#footnote-20) de este Tribunal.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, Sala de Decisión Civil -Familia, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

**F a l l a,**

1. CONFIRMAR PARCIALMENTE el fallo proferido el 16-09-2022 por el Juzgado Civil del Circuito de Santa Rosa de Cabal.
2. MODIFICAR el numeral 3º para CONCEDER el tratamiento integral, exclusivamente, respecto al suministro de la *“LIRAGLUTIDA 6MG/1ML/OTRAS SOLUCIONES”,* siempre que el especialista considere necesario continuar tratando las enfermedades de la actora con este fármaco.
3. ADICIONAR un numeral para NEGAR el recobro ante la ADRES.
4. REMITIR este expediente a la CC para su eventual revisión.

Notifíquese,

**DUBERNEY GRISALES HERRERA**

Magistrado

**EDDER J. SÁNCHEZ C. JAIME A. SARAZA Naranjo**

M A G I S T R A D O M A G I S T R A D O

1. CC. T-075 de 2020. [↑](#footnote-ref-1)
2. CC. T-131 de 2021. [↑](#footnote-ref-2)
3. CC. T-039 de 2022. [↑](#footnote-ref-3)
4. CC. SU-037 de 2019 y [SU-499 de 2016](http://www.corteconstitucional.gov.co/sentencias/2016/SU499-16.rtf). [↑](#footnote-ref-4)
5. CC. T-003 de 2022, T-034-2021, [T-053 de 2020](https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2020/T-053-20.htm), T-422 de 2019, T-359 de 2019, C-132 de 2018, T-015 de 2016, T-162 de 2010 y T-099 de 2008. [↑](#footnote-ref-5)
6. CC. T-405 de 2017, T-081 de 2019, T-117 de 2019, T-207 de 2020 y T-284 de 2022. [↑](#footnote-ref-6)
7. CC. T-122 de 2021 y T-124 de 2019. [↑](#footnote-ref-7)
8. CC. T-284 de 2022. [↑](#footnote-ref-8)
9. CC. T-245 de 2020, T-528 de 2019, T-239 de 2019, T-032 de 2018, T-464 de 2018, T-491 de 2018 y T-014 de 2017. [↑](#footnote-ref-9)
10. CC.T-118 de 2022 que reitera las C-313 de 2014 y la SU-508 de 2020. También pueden consultarse las T-224 de 2020, T-314 de 2017, T-207 de 2017 y T-208 de 2017, entre otras. [↑](#footnote-ref-10)
11. CC.T-118 de 2022 que reitera las C-313 de 2014 y la SU-508 de 2020. También pueden consultarse las T-224 de 2020, T-314 de 2017, T-207 de 2017 y T-208 de 2017, entre otras. [↑](#footnote-ref-11)
12. CC. T-284 de 2022. [↑](#footnote-ref-12)
13. CC. T-133 de 2022. [↑](#footnote-ref-13)
14. CC. T-081 de 2019, reiterada en la T-207 de 2020. [↑](#footnote-ref-14)
15. CC. T-038 de 2022. [↑](#footnote-ref-15)
16. CC. T-727 de 2011, T-464 de 2018 y T-239 de 2019. [↑](#footnote-ref-16)
17. CSJ. Civil. STC3914 2016. [↑](#footnote-ref-17)
18. TSP, Sala Civil – Familia. ST2-0231-2021 y sentencias del (i) 19-08-2015; MP: Grisales H., No.2015-00072-01; (ii) 30-09-2015; MP: Grisales H., No.2015-00091-01; y, (iii) 22-08-2019; MP: Grisales H., No.2019-00312-01, entre muchas. [↑](#footnote-ref-18)
19. TSP, Sala No.7 Asuntos Penales para adolescentes. Fallo del 28-05-2014; MP: Arcila R., No.2014-00043-01. [↑](#footnote-ref-19)
20. TSP, Sala No.4 Asuntos Penales para adolescentes. Fallo del 17-02-2015; MP: Grisales H., No.2014-00477-01. [↑](#footnote-ref-20)